A DIFESA

DEL REVERENDISSIMO CAPITOLO

DELL'ARCIVESCOVILE CHIESA DI AMALFI

contra

D. ANIELLO, E D. FRANCESCO SAVERIO GAMBARDELLA

Nella seconda Camera della G. C. civile.



A relazione del degnissimo consigliere signor

Pel dì Agosto 1830.





NAPOLI,

DALLA TIPOGRAFIA DI GIUSEPPE ZAMBRANO

Nell'abolito Sedile Capuano N.° 27

1839



FATTISPECIE.

Sollecito il pio Canonico Cantore dell' Arcivescovile Chiesa di Amalfi D. Domenico Gambardella a provvedere l' anima sua d'un periodico suffragio, incomincia nel VII Ottobre 1826 la testamentaria disposizione così :

» Io Cantore D. Domenico Gambardella
» *dichiaro possedere* fra gli altri miei beni im-
» mobili *due magazzini* siti in questa Comu-
» ne di Amalfi nel luogo detto Vaglienola seu
» li Ferrari , uno dei quali ha il suo princi-
» pio nella scalinata di Vaglienola, oggidì fit-
» tato da me testatore a Salvadore Panza, col-
» l' ingresso da detta strada pubblica ; e l'al-
» tro adjacente a detto magazzino dalla parte
» più superiore del primo , coll'ingresso adja-
» cente al portone delle case di mia proprie-
» tà confinante con detta strada pubblica , e
» li rimanenti beni dalla parte superiore dei
» miei beni : però voglio , ordino, e coman-
» do , che li predetti due magazzini, DA ORA

» immobili ne instituisco erede usufruttuario
» il signor D. Giovanni Gambardella mio ca-
» ro fratello durante la di lui vita, da con-
» solidarsi poi colla proprietà, tosto che esso
» D. Giovanni passerà agli eterni riposi.
» Istituisco eredi proprietarii su tutti li miei
» beni li signori D. Aniello, e D. Francesco
» Saverio Gambardella miei nipoti, figli del
» predetto D. Giovanni mio fratello, ai quali
» prego di eseguire quanto disopra trovasi di-
» sposto da me testatore ».

Pella seguita morte nel dì xv Ottobre istesso del lodato D. Domenico, il fratello D. Giovanni, ed i nipoti D. Aniello, e D. Francesco Saverio ebbero il possesso dei beni, de' quali non curarono affatto sollennizzare il legittimo inventario.

Il Reverendissimo Capitolo onorato della fiducia del testatore adoperò per lo spazio di otto anni i mezzi tutti, e l'autorità sua, ma invano, per indurre D. Giovanni fratello del testatore finchè visse, e dopo i di costui figli D. Aniello, e D. Francesco Saverio, eredi nel tempo istesso del zio, e del padre, al rilascio del legato destinato per una causa tanto sacra; fu infine costretto adire il magistrato. Con citazione del xv Luglio 1834 convenne nel Tribunale civile di Salerno i signori D. Aniel-

lo, e D. Francesco Saverio chiedendo fralle altre cose (1) il rilascio dei due magazzini legati dal Cantore D. Domenico, una coi frutti dal dì della di costui morte avvenuta nel XV Ottobre 1826 da liquidarsi per via di rendiconto fra un termine da stabilirsi, quale elasso esservi astretto con mezzi coattivi.

I convenuti sulle prima nel rito eccepirono, che il Capitolo mancava dell' autorizzazione sovrana per l' accettazione del legato,

---

(1) L'Arcidiacono D. Gio: Battista Gambardella prozio del Cantore D. Domenico col suo testamento del XXVI Marzo 1755 aveva istituita, e dotata una cappellania laicale familiare; i di cui beni erano stati amministrati dal Cappellano prima designato nel testamento; dopoi dal lodato Canonico D. Domenico qual sacerdote di famiglia: quindi ai termini del testamento di D. Gio: Battista per la mancanza di preti in famiglia il padronato passivo della Cappellania suddetta era scaduto al Capitolo Arcivescovile medesimo — Perciò colla citazione del XXV Luglio 1834 primieramente si chiese il possesso dei beni dotali della Cappellania: questa prima parte delle domande con quell' atto spiegate ritrovasi pienamente esaurita mercè decisione diffinitiva della 1.ª Camera di questa G. C. del XX Luglio 1836, colla quale vi si fece pieno diritto — Resta ora a sfogarsi la seconda parte delle domande contenute nella citazione anzidetta, e che costituisce l' oggetto dell' attual piato.

che chiedeva: assoluta tal' eccezione colla esibizione del sovrano beneplacito, i convenuti nel merito eccepirono, che i due magazzini erano stati costruiti dal testatore D. Domenico, e dal fratello D. Giovanni nel suolo ed a spese comuni, perciò dei due uno era del testatore, l' altro del fratello; che a provare tal' assunto invocavano una pruova per testimoni; che gradualmente loro si competeva il diritto di riprendere i magazzini legati pagando i ducati 400; che infine i frutti non prima della domanda giudiziale sarebbero dovuti.

Il Tribunale con sentenza del XIV Aprile 1837 diffinitivamente pronunziò, che i convenuti avessero rilasciato i due magazzini legati; una coi frutti dal dì della messa in mora fino all'effettivo rilascio: rigettò la domanda pei frutti maturati precedentemente: fece salvo il diritto ai convenuti di riprendere i magazzini pagandone il prezzo ai termini del testamento: condannò infine i convenuti Gambardella a tre quarti delle spese del giudizio, e compensò l' altro.

Contra tal sentenza principalmente appellarono i fratelli Gambardella con atto del XIII Ottobre 1837, incidentalmente appellò pure il Capitolo con atto del I dicembre seguente.

Dietro decisione contumaciale di congedo, la G. C. è invitata a spiegare le provvidenze di giustizia su i rispettivi gravami.

II. Sembra, che le deduzioni delle parti avvolgono le seguenti quistioni di diritto.

1.ª *Sono i fratelli Gambardella ammessibili ad impugnare la dichiarazione di appartenenza fatta dal Cantore D. Domenico a suo favore dei due magazzini in quistione?*

2.ª Subordinatamente, *uno dei due magazzini nel rapporto di D. Domenico e dei suoi eredi D. Giovanni, e D. Aniello, e D. Francesco Saverio costituisce una cosa* ALTRUI *a senso della legge?*

3.ª Subordinatamente ancora, *sono i convenuti ammessibili a provare con testimoni essere stati i due magazzini legati dal testatore D. Domenico, costruiti nel suolo comune col fratello D. Giovanni, ed a spese comuni, perlocchè spettare uno per ciascuno?*

4.ª *La facoltà di riscattare i due magazzini mediante il pagamento di ducati 400* ILLIMITATAMENTE *accordata dal testatore, e dai primi Giudici, deve ridursi al quinquennio?*

5.ª Finalmente, *è dovuta l' annua rendita legata per celebrazione di messe in suffragio dell' anima del testatore dal dì della morte, e senza che siasene fatta la giudiziale domanda?*

SULLA PRIMA QUISTIONE.

Sono i fratelli Gambardella ammessibili ad impugnare la dichiarazione di appartenenza fatta dal Cantore D. Domenico a suo favore dei due magazzini in quistione?

III. *Haeres debet habere ratum factum defuncti* è assioma legale; qual nella quistione è d'un imperio assoluto, perciocchè non trattasi di successione intestata, o di legittimarii, ma di testata, ed a favore di chi niun diritto poteva vantare per legge; perciocchè il fatto non è occorso durante la vita del testatore, non è di dubbia intelligenza, non da provarsi, ma consiste in una DICHIARAZIONE formale, chiara, precisa fatta in capite del testamento; e che al testatore interessava di fare in preferenza d'instituire il suo erede, perchè tale instituzione alla dichiarazione pospone, e quasi vuole che ne fosse la condizione. Ove si ammettessero i fratelli Gambardella alla contraddizione della dichiarazione fatta dal Canonico D. Domenico di a lui appartenersi i due magazzini legati, il disprezzo della volontà dei defunti, la incorrispondenza alle loro largizioni risulterebbe un'atto legittimo.

Ma havvi altra ragione. È principio di

buon senso, che gli atti tutti della vita civile non possono scindersi in danno di chi li confezionò; giusta il completo loro tenore debbono accogliersi, o respingersi: regola è questa da non abbandonarsi giammai specialmente nella esecuzione degli atti di ultima volontà, per locchè si farebbe lecito l' erede scritto accogliere la instituzione in suo favore, e respingere l' obbligo della prestazione dei legati, e così scindere l' atto unico donde i suoi diritti ed obblighi emanano.

Unica eccezione la legge statuisce nell' art. 816 leg. civ., dichiarando non scritte le condizioni impossibili, e quelle contrarie alle leggi, ed al buon costume; ed al certo sotto tal rapporto non può negarsi esecuzione alla dichiarazione in esame.

Vero è, che avrebbero potuto e D. Giovanni erede di D. Domenico, ed i fratelli D. Aniello e D. Francesco Saverio uniformarsi alle prescrizioni della legge per non confondere la successione del Canonico con quella del fratello, ed amendue coi proprii beni, e così serbarsi una ragion legale per richiamare quella proprietà che credono essere stata di D. Giovanni comunque dal Canonico attribuitasi, nel caso, che avessero creduto ai loro interessi conducente abbandonare la eredità di

costui ; ma essi han trascurata la confezione del legittimo atto : dunque non va scampo, il testamento per essi *JUS ESTO*.

SULLA SECONDA QUISTIONE.

Subordinatamente , *uno dei due magazzini nel rapporto del disponente D. Domenico e dei suoi eredi D. Giovanni , e D. Aniello , e D. Francesco Saverio costituisce una cosa* ALTRUI *a senso della legge ?*

IV. La cosa dello *erede* nel rapporto col testatore va pari passo con quella del *non erede* , ossia *altrui* ? in altri termini : *il legato della cosa dell' erede è proibito dalle vigenti leggi ?* E comunque tal quistione debba andar risoluta secondo i principii generali , e quelli prescritti nell' art. 975 leg. civ. : ciò non pertanto è utilissimo per la intelligenza della nuova disposizione il riandare le preesistenti del diritto Romano.

In più luoghi del Codice (1) , e più precisamente nelle instituta al tit. *de leg.* §. *4* era sancito : *non solum autem* testatoris vel heredis *res* , *sed etiam* aliena *legari potest :* benvero l' obbligo dello erede pel rilascio del-

---

(1) L. 10 , 25 , 39 Cod. de fideic.

la cosa altrui, *aliena*, si scambiava con quello della soddisfazione della valuta, laddove non gli riusciva di acquistarla: *ita ut haeres cogatur redimere eam, et praestare, vel si eam non potest redimere aestimationem ejus dare*; epperò il legato della cosa dello erede o del testatore non soffriva alcuna inversione, e dovea sempre prestarsi nel modo scritto. Dippiù il legato della cosa altrui, *aliena*, non era mai sempre valido, perciocchè si distingueva quando il testatore conosceva che la cosa era altrui, e nullostante la legava, da quando nol conosceva; nel primo caso il legato reggeva, nel secondo nò: *quod autem diximus alienam rem posse legari ita intelligendum est si defunctus sciebat alienam rem esse, non si ignorabat*: il legato non pertanto della cosa dello erede andava sempre esente da siffatta indagine, ed unquemai eseguito.

Le nuove leggi con più saggezza affine di liberare l'erede dal gravoso peso di comprare, e rilasciare, o dare l'equivalente della cosa legata proibirono il poter disporre della cosa ALTRUI senza alcuna distinzione, prescrivendo, *quando il testatore abbia legato una cosa altrui, il legato sarà nullo, abbia, o nò il testatore saputo, che essa non gli ap-*

parteneva. Che il vocabolo *altrui* si riferisca allo *aliena* del preesistente diritto, è per l'autorità della italiana favella vero non solo, ma legalmente ancora, perciocchè la cosa dell'erede relativamente alla facoltà di disporre si accoppiava, andava pari passo con quella del testatore, *non solum autem* TESTATORIS VEL HEREDIS RES, e con separata frase si estendeva poi alla cosa benanche altrui, *sed etiam aliena legari potest*. Ed ogni dubbio sparirà ove si rifletta, che le nuove leggi hanno pure allontanata quella distinzione, se il testatore sapeva, o nò, che la cosa non gli apparteneva, la quale era prescritta unicamente nel caso del legato della cosa aliena pel vecchio diritto. Quindi per estendere la proibizione anche al legato della cosa dello erede, dovrebbe imputarsi al legislatore novello una ignoranza dello stato della legislazione preesistente che distingueva il legato della cosa dell' erede dall' altrui; e vieppiù un errore di legge credendo, che a riguardo anche della cosa dell' erede aveva luogo la distinzione che aboliva.

D' altronde opera l' adizione della eredità indubitatamente l' effetto di confondere i beni del testatore con quelli dello erede; confusione che opera la estinzione dei diritti, ed obbligazioni dell' uno verso dell' altro, art. 1254

leg. civ. Or confus' i beni, estinto il diritto dell' erede di richiamare la cosa da colui, che rappresenta, non sa comprendersi come possa negarla al legatario.

La teorica sostenuta è pur professata dai contraddittori comunque avessero inteso combatterla: dicevano essi coll' atto del x Gennaio 1835: » neppure giova al Capitolo l' altra » osservazione, che lo erede è sempre tenu- » to ad eseguire la volontà del testatore; se » ciò fosse assolutamente vero la disposizione » dell' art. 975 rimarrebbe in tutti i casi pri- » va di effetti ». Imperciocchè pel motivo appunto, che la cosa dello erede nel di costui rapporto col testatore non è altrui a sentimento della legge, il legato è valido, l' erede deve PERCHÈ PUÒ eseguire la volontà del testatore, l' art. 975 è inapplicabile: l' opposto avviene nel caso del legato della cosa del *non erede*, l' erede NON PUÒ prestarlo, l' art. 975 pienamente impera.

Subordinatamente ancora, *sono i convenuti ammissibili a provare con testimoni essere stati i due magazzini legati dal testatore D. Domenico, costruiti nel suolo comune col fratello D. Giovanni, ed a spese comuni, per locchè spettare uno per ciascuno?*

I convenuti Gambardella hanno asserito, e chieggono provare con testimoni, che i due magazzini furono edificati nel suolo, e col denaro comune dei due fratelli D. Domenico testatore, e D. Giovanni erede; donde traggono la conseguenza, che fra essi debbonsi dividere. Il prescelto mezzo di pruova però è inammissibile. La proprietà sia esclusiva, sia comune si dimostra con titoli, e sarebbe pur troppo pericoloso se essa si volesse assodare colle non sempre veraci voci dei testimoni; ed il valore della stessa nel rincontro non è incerto, poichè *al minimo* i due magazzini valgono ducati 400 (1): è perciò, che i testimoni non solo coi loro detti attribuirebbero proprietà di beni stabili, ma benanche autenticherebbero un contratto del valore ben' oltre i ducati 50; contratto, che altro esser non

(1) *Per quanto risulta dalla 4.ª quistione.*

potrebbe che quello *di società*, pel quale la legge ripete nell' art. 1705 la proibizione della pruova per via testimoniale.

SULLA QUARTA QUISTIONE.

La facoltà di riscattare i due magazzini mediante il pagamento di ducati 400 ILLIMITATAMENTE accordata dal testatore, e dai primi Giudici, deve ridursi al quinquennio?

I primi Giudici autorizzarono i fratelli Gambardella a riprendersi i magazzini pagandone il prezzo ai termini del testamento (1).

Il Capitolo si è gravato di questo capo della sentenza, perciocchè è stata accordata la facoltà di riscattare *illimitatamente*; quando che l' art. 1506 leg. civ. la vuol sperimentata fral quinquennio, e nel tempo istesso la riduce a tal periodo, ove per un tempo maggiore si fosse stipulata: è perciò, che comunque il testatore D. Domenico *senza prefissione di tempo* avesse abilitato i suoi eredi a fare riacquisto dei magazzini, tal' abilitazione contraria alla legge, cadde sotto il suo impero, e si deve ridurre al periodo di grazia.

(1) *Fol.*

Finalmente è dovuta l'annua rendita legata per celebrazione di messe in suffragio dell' anima del testatore dal dì della morte, e senza che siasene fatta la giudiziale domanda?

Prescrive l'art. 969 leg. civ. « gl'interessi, o i frutti della cosa legata decorrono » a vantaggio del legatario dal giorno della » morte, e senza che ne abbia fatta la giudiziale domanda 1.° quando il testatore avrà intorno a ciò dichiarata espressamente » la sua volontà nel testamento: 2.° quando » sarà stata legata a titolo di alimenti una rendita vitalizia, o una pensione ».

La specie in disamina rientra perfettamente nei due casi previsti.

Le leggi attuali hanno sceverato gli atti della vita civile dal giogo servile delle formole sacramentali: il voto del legislatore è esaudito quando l'individuo in un modo non equivoco fa conoscere la sua volontà. Il Canonico D. Domenico si espresse così nel suo testamento da dedurne che i frutti del legato fatto al Capitolo, dichiarava che gli si prestassero dal dì della sua morte in poi.

Sopra nel fatto notammo, che incominciò la

sua disposizione col legato in disputa, vi pospose la stessa istituzione del suo erede: nè a ciò si arrestò, perciocchè volle, ordinò, e comandò *che li predetti due magazzini* DA ORA *rimangono dati, e prelegati al Rev.*[mo] *Capitolo della Metropolitana Chiesa di questo Comune di Amalfi :* Or comunque tal comando non avesse potuto eseguirsi nel modo come fu dettato, perciocchè gli atti di ultima volontà non sono per legge obligatorii che seguita la morte; ciò non pertanto non deve restar violato per quanto non incontra la proibizione della legge istessa: ciò stante, se effetto unico della immediata, e sollecita consegna dei magazzini legati sarebbe stato quello della percezione dei frutti appena seguita la morte; dovrà almeno questo effetto salvarsi al comando del testatore già moderato dalla legge (1).

---

(1) MERLIN *rep. t.* 16 *v.* legs. *pag.* 612, *censurando una decisione della Corte di Bourges, esamina, se per una clausola concepita nei termini seguenti, possa dirsi avere il testatore voluto, che ai legatarii si corrispondessero gl' interessi dal dì della sua morte :*

» *Appena io morirò l'esecutore testamentario,* » *e tutti gl' interessati a cui cedo i miei diritti,* » *gli acquisteranno fin dall' apertura, dalla ese-* » *cuzione, e dalla conoscenza del presente testa-*

Ma vi è dippiù : spirito della disposizione era il somministrare all' anima del disponente un giornaliero religioso soccorso ; dritto del legatario era la percezione giornaliera della elemosina dovuta pel bene spirituale che apprestava : imperciocchè il testatore *volle* , *ordinò* , *comandò che il* FRUTTATO *di amendue detti magazzini se ne celebrino messe lette secondo la intenzione di me testatore D. Domenico colla elemosina di grana 25 la messa*. Dunque abbiamo un legato a titolo di a-

---

» mento , ed adopereranno tutt' i migliori mezzi » perchè sia posto in esecuzione , ed ottengano il » consenso del Governo ».

A parer suo accordare ai legatarî il possesso dei loro legati appena morto il testatore , era lo stesso, che dispensarli dalla domanda di rilascio ; era dunque un volere , che fossero loro dovuti fin da quest' epoca i frutti , e gl' interessi. Non si opponga colla decisione (sopraccennata) *esservi due specie di possesso , una del diritto di domandare la cosa legata , l' altro di percepirne i frutti : questa distinzione è arbitraria. D' altronde se l'immissione in possesso si applicasse al diritto di proprietà il testatore avrebbe stabilita una clausola inutile , avendo la stessa legge dichiarato, che la proprietà del legato si acquista fin dal giorno della morte. Una clausola deve sempre essere interpetrata nel senso , con cui può avere qualche effetto. Ved.* DALLOZ *tom. 6 pag. 121.*

limenti della rendita provveniente da un fondo che va semplicemente dal legatario amministrato.

D' altronde se considerava il legislatore che gli alimenti sono giornalmente dovuti ; e che il legato della rendita vitalizia precisamente consiste nella rendita istessa, nel fruttato della cosa ; e perciò disponeva la prestazione degli interessi senza bisogno d' interpellazione giudiziaria : dir quindi potremo che lo spirito della legge sostiene la pretesa dei frutti dal dì della morte, perciocchè rimettendosi tal dovere all' epoca in cui il Capitolo avesse dimandato il rilascio dei magazzini, resterebbe privata l'anima del testatore per l' epoca intermedia tra la morte, e la domanda di rilascio del giornaliero soccorso che provvidamente si aveva riservato ; dippiù resterebbe non prestato il legato per l' epoca istessa a causa che non può che consistere nella rendita annuale (1).

Infine la *L. 46 §. 4 de Epis.*, *et Cler.*,

---

(1) Sono concordi tutt' i Commentatori delle attuali leggi nell' insegnare , che il legatario di usufrutto (come deve ritenersi il Capitolo) ha diritto ai frutti dal giorno della morte del testatore senza che produca domanda di rilascio. MERLIN *rep. t. 16 p. 613.* TOULLIER *t. 3 n. 423.* GRENIER *t. 1 n. 303 bis.* DALLOZ *t. 6 pag. 113 n. 5.*

e Nov. 131 Cap. 12, col prescrivere che i frutti di un legato pio decorrevano *ipso jure* dall' epoca della morte del testatore senza interpellazione (1), consacrava una massima di ragione cioè, che non può addebitarsi incuria a chi manca di mezzi ad esprimere la sua volontà ed ad agire; e vieppiù allorquando manca l' interesse in colui che deve rappresentare quell' ente. A ben' intendere l' anima del testatore era quella a cui tutto il vantaggio del legato ridondava; al Capitolo non si appartiene che il peso della esecuzione del legato. È perciò che quelle disposizioni di legge debbono essere rispettate per lo meno come *ragione scritta.*

---

(1) *Sancimus si quis moriens piam fecerit dispositionem vel per institutionis modum, vel per legatum aut fideicommissum, aut mortis causa donationem vel alium quemcunque modum legitimum . . . . . necessitatem habere heredes id quod ordinatum est facere, et adimplere omni modo . . . . Supra autem omne tempus quo distulerint facere disposita scripti heredes, eos cogi solvere*, et fructus et reditus, et omnem legitimam accessionem a tempore ejus qui disposuit mortis sancimus, non inspecta mora a litis contestatione, aut conventione, sed IPSO IURE intellecta, quod dicitur, vulgo mora praecepisse, et locum habente fructum, et aliarum rerum accessione.

In conseguenza i primi giudici nel seguire alla lettera, *more Haebreorum*, l'art. 968 con poco filosofia legale lo ritennero alla causa inapplicabile.

Conchiusione.

Se mai sempre è stata rispettabile e rispettata la volontà dei defunti, vieppiù deve esserla nel rincontro, perciocchè col legato richiesto dovranno somministrarsi quegli ajuti di religione che un venerabile personaggio invoca dalla carità dei già suoi Colleghi; nè a costoro dee restare il rangore di aver colla loro indolenza comunque poco colpevole non corrisposto alla fiducia di cui furono onorati, trascurando di richiedere quei mezzi, che abbisognavano per la esecuzione dei voleri del testatore. Ed è perciò, che facciamo voti pel rigetto dell'appello principale, per farsi diritto all' appello incidente, condannarsi i convenuti Gambardella a rilasciar i magazzini legati una coi frutti dal dì della morte di D. Domenico, e con ridursi la facoltà di riscattarli al quinquennio legale — Il ristoro delle spese è di diritto.

Napoli 24 Luglio 1839.

Matteo Joele.

CONSIDERAZIONI, E DISPOSITIVO DELLA SENTENZA APPELLATA.

» Il Tribunale ha elevato le seguenti quistioni :

» 1.ª L'erede puro, e semplice può impugnare come mendace una dichiarazione del suo autore, la quale contro di lui produce obbligazione? E supposta per poco anche l'affermativa, potrebbe il testatore legare la cosa dello erede? »

» 2.ª Il legatario ha dritto ai frutti della cosa legata dalla data del testamento, ovvero dalla domanda giudiziale pel rilascio della medesima? »

3.ª Che per le spese? »

SULLA PRIMA.

Attesocchè il Cantore D. Domenico Gambardella col suo testamento del VII Ottobre 1826 istituendo erede usufruttuario il suo germano D. Giovanni, ed eredi proprietarii i figli del medesimo nominati D. Aniello, e D. Francesco Saverio, legò al Capitolo della Metropolitana Chiesa di Amalfi due magazzini che dichiarò di sua proprietà, destinando l'annuo pigione alla celebrazione delle messe a seconda della sua intenzione. Prescrisse pertanto che laddove ai suddetti suoi eredi piacesse di ritenere i predetti due magazzini, in questo ca-

so dessi sarebbero stati nel dovere di pagare al legatario Capitolo la somma di duc. 400 ».

» Attesocchè il summentovato legato fu accettato previo il Sovrano beneplacito col Real decreto dei IV Luglio 1835 ».

» Attesocchè i convenuti Gambardella come eredi del fu di lor zio D. Domenico debbono eseguire la sua volontà, ed adempire ai pesi imposti sulla eredità. Sono quindi incompatibili, ed insociabili legalmente l' assunta qualità con le deduzioni dirette ad invalidare il legato a favore del Capitolo, sostenendo che le proprietà di uno dei magazzini appartenga non al testatore, ma bensì a D. Giovanni Gambardella di loro padre, il quale come di sopra si è detto fu istituito erede usufruttuario. Essi convenuti però sono anche eredi del convenuto D. Giovanni, e questa doppia qualità ereditaria senza dubbio, preclude ogni adito ad opporre qualsivoglia eccezione, e qualunque dritto distinto, e disgiuntivo dagli obblighi dello erede ».

» Attesocchè a questa osservazione si può aggiungere anche l'altra di egual peso, e forse maggiore della precedente, che cioè quando anche il magazzino sia nel fatto di esclusiva proprietà di D. Giovanni Gambardella trasfusa dipoi agli eredi attuali convenuti, il testatore D. Domenico non mancava di facoltà a

poterlo legare. Tanto le leggi romane, quanto le vigenti armonizzano nel principio che possa legarsi la cosa dello erede. *L. 67 de legatis*, *art. 925 LL. CC.* Ma per conciliarsi con la espressione del citato articolo, che dichiara la nullità del legato della *cosa altrui*, deve osservarsi, che la *cosa altrui* differenza di significato della *cosa dello erede:* che la parola *erede*, non è complessiva dell' altra altrui, e che essendosi pronunziato di nullità il legato della cosa altrui, ossia di persona diversa dallo erede, si è voluto rispettare la sanzione del vecchio dritto, con la quale non si vietava di legarsi la cosa dello erede, e prescrivere l' altra che permetteva di legarsi la cosa altrui come quella che tante volte era imbarazzante per lo erede, e la metteva nella impossibilità di adempirvi, poichè non sempre poteva comprare l' altrui volontà ».

» Attesocchè per gli esposti principii D. Giovanni Gambardella cui si vorrebbe attribuire un condominio sui magazzini in disputa, non poteva impugnare la disposizione del testatore, e quindi nemmeno possono impugnarla i convenuti, i quali essendo eredi di D. Giovanni, e di D. Domenico, sono succeduti eziandio a tutti gli obblighi derivanti dal fatto dei detti loro autori ». *L. 194 Digestis de regulis iuris. L. 14 de rei vindicat.*

» Attesocchè per li medesimi principii sarebbe bene oziosa la implorata pruova testimoniale per la massima *frustra probatur quod probatum non relevat* ».

» Attesocchè agli eredi Gambardella deve accordarsi quella stessa abilitazione loro concessa dal testatore di rilasciare i magazzini ovvero di pagare la somma di ducati 400 ».

SULLA SECONDA.

» Attesocchè il legatario ha una azione tutta reale pel conseguimento della cosa certa legata dalla morte del testatore. Ma siccome sebbene il legato fusse puro, e semplice, non si può pretenderne il rilascio, se non dopo il possesso impetrato sia dal Magistrato, sia volontariamente dallo erede, e nel primo caso deve precedere la domanda giudiziale, così illazione della legge è quella, che i frutti, o gl' interessi non possono decorrere, che dalla domanda medesima, art. 968 LL. CC. Nella specie non si può fare eccezione al citato articolo, poichè manca la espressa volontà del testatore, nè si tratta di legato di rendita vitalizia, e di pensione ».

SULLA TERZA.

» Attesocchè il soccumbente deve soggiacere al pagamento delle spese per la parte che soccumbe ».